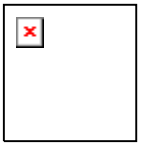

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE SICILIANA

composta dai magistrati:

Dott. Luciano PAGLIARO	Presidente
Dott. Vincenzo LO PRESTI	Componente
Dott. Roberto RIZZI	Componente relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA 3488/2011

nel giudizio di responsabilità, iscritto al n. **55696** del registro di segreteria, promosso dal Procuratore Regionale

nei confronti di

- **G Pietro** nato il 13/4/1951 a XXXXX, nella qualità di Presidente della ATO ME 3 SpA, nel periodo dal 28.12.2002 al 28.04.2006, rappresentato e difeso, giusta procura a margine della comparsa di costituzione depositata in data 25/11/2010, dall'Avv. Antonino Gazzarra, elettivamente domiciliato in Palermo, viale Regina Margherita, n. 21, presso lo studio dell'Avv. Carmelo Levito
- **T Luciano** nato il 5/3/1959 a Giarre, residente in XXXXX, via Longo Giacomo, is. 390, int. 12, nella qualità di Amministratore delegato della ATO ME 3 SpA, nel periodo dal 6/6/2003 al 28/4/2006, rappresentato e difeso, giusta procura a margine della memoria di costituzione depositata in data 3/8/2011, dagli Avv.ti Antonio

Catalioto, e Francesco Amalfa, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in XXXXX, via Centonze, n. 137

ESAMINATI gli atti e documenti di causa.

UDITI, nella pubblica udienza del 27/9/2011, il Pubblico Ministero, nella persona della Dott.ssa Maria Luigia Licastro, e l'Avv. Antonio Catalioto, sia in rappresentanza di T Luciano che in sostituzione dell'Avv. Antonino Gazzarra, rappresentante di G Pietro.

FATTO

La ATO ME 3 SpA, (di seguito anche «Società»), società d'ambito, costituita ai sensi dell'art. 23 del D.Lgs 5/2/1997, n. 22, con competenza in materia di gestione integrata dei rifiuti e cura del verde pubblico sul territorio del Comune di XXXXX, con delibera del consiglio di amministrazione del 26/3/2003, conferiva al Dott. Filippo R, all'epoca Segretario Generale del Comune di XXXXX, l'incarico remunerato di Esperto Amministrativo.

Tale incarico, decorrente dal 1/4/2003, veniva autorizzato dall'Amministrazione Comunale in data 7/5/2003, mediante l'apposizione del nulla osta da parte del Sindaco sulla pertinente richiesta.

In relazione all'incarico svolto fino al 31/7/2004, la Società corrispondeva all'esperto compensi per un importo complessivo pari ad € 15.370,72 (€ 3.300 nel 2003 ed € 12.070,72 nel 2004) .

La Società, ai sensi dell'art. art. 53, comma 11, del D.Lgs. 165/2001 (che riproduce l'art. 58 del D.Lgs 29/1993), avrebbe dovuto comunicare al Comune di XXXXX, Amministrazione di appartenenza del Dott. R, entro il 30 aprile di ciascun anno, l'ammontare dei compensi erogati al dipendente pubblico nell'anno precedente.

Tali adempimenti non venivano curati.

Il Comando Nucleo Provinciale Polizia Tributaria di XXXXX, in data 21/11/2005, avuto riguardo al disposto dell'art. 6, comma 1, del D.L. 28/3/1997, n. 79, convertito, con modificazioni, L. 28/5/1997, n. 140, che commina a carico dei soggetti pubblici e privati che non abbiano ottemperato, fra l'altro, all'obbligo di comunicazione dei compensi erogati nei confronti di

dipendenti dell'Amministrazione, la sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti, elevava, nei confronti dell'ATO ME 3, processo verbale di contestazione, applicando la sanzione amministrativa pecuniaria di € 30.741,44.

In data 21/12/2005, la Società, versava la somma di euro 10.247,15, avvalendosi della possibilità, prevista dall'art. 16 della L. 24/11/1981 n. 689, di estinguere il procedimento tramite il pagamento in misura ridotta (1/3 del massimo della sanzione prevista) entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione.

Con nota del 11/2/2008 il Comando Nucleo Speciale Funzione Pubblica e Privacy della Guardia di Finanza di Roma comunicava alla Procura della Corte dei Conti la relazione ispettiva del 11/4/2006 nella quale, fra l'altro, erano rappresentati i fatti appena descritti.

La Procura presso questa Sezione, reputando che a somma pagata a titolo di oblazione (recte pagamento in misura ridotta) integrasse un danno erariale quale esborso inutile, eziologicamente imputabile agli organi della società che con inescusabile negligenza, pacificamente ravvisabile nell'ingiustificata inottemperanza ad un chiaro e semplice adempimento di un obbligo legale di comunicazione, in data 5/7/2009, invitava a dedurre i soggetti che alla data del 30 aprile di ciascun anno, ricoprivano la carica di Presidente (Pietro G) e Direttore generale (Luciano T).

Reputando infondate le osservazioni difensive addotte, con atto emesso in 23/9/2009, citava in giudizio gli indicati soggetti, nelle rispettive vesti di esponenti aziendali nei periodi di riferimento, chiedendone la condanna al pagamento, in favore della ATO ME 3 SpA, della somma di € 10.247,15, oltre rivalutazione monetaria, interessi legali e spese di giudizio, queste ultime in favore dello Stato, somme da ripartire in parti uguali tra i convenuti.

Più in dettaglio, l'Organo requirente, dopo aver ricostruito il contesto normativo di riferimento, riteneva che la chiarezza della disposizione normativa e la semplicità dell'adempimento perentoriamente richiesto dal legislatore, non solo non consentissero di ritenere sussistente una situazione di opinabilità giustificabile, ma connotassero in termini di negligenza inescusabile la

violazione dell'obbligo di servizio contestato. Tale violazione veniva imputata (parziariamente) al Presidente che, avendo la rappresentanza legale della Società, avrebbe dovuto effettuare la comunicazione, ed all'Amministratore delegato con funzioni di direttore generale, il quale avrebbe dovuto predisporre la comunicazione, o comunque, sollecitarne il perentorio adempimento o surrogarsi al Presidente nell'evasione dell'adempimento medesimo.

In data 25/11/2010 si costituiva il Prof. G, con il patrocinio dell'Avv. Gazzarra, eccependo, in via preliminare, la prescrizione dell'azione di responsabilità.

Secondo la prospettazione difensiva, infatti, l'atto cui poteva essere annessa valenza interruttiva del corso della prescrizione aveva avuto luogo in data 9/7/2009 (data di notifica dell'invito a dedurre) cioè oltre il quinquennio decorrente dalla data del 30 aprile 2004, momento di scadenza del termine di comunicazione nel quale, dunque, si era di verificato il fatto dannoso.

Nel merito, deduceva l'insussistenza della colpa grave evidenziando che l'incarico di consulenza era stato conferito al fine di avvalersi dell'ausilio di un soggetto esperto in *«problematiche amministrative»*. Pertanto, proprio il consulente avrebbe dovuto predisporre la comunicazione.

Infine, contestava la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti affermando che nei confronti della società ATO ME 3, tipologicamente rientrante tra i soggetti di diritto privato, la tutela dell'interesse generale alla conservazione ed alla corretta gestione dei beni e dei mezzi economici pubblici non competeva alla Procura della Corte dei conti. In proposito evocava l'orientamento del Consiglio di Stato (sent. 10/7/2008 n. 467) secondo cui *«appartiene al giudice ordinario la giurisdizione delle controversie concernenti l'assunzione di incarichi amministrativi presso enti o cariche sociali in società di diritto privato di cui all'art. 53 D.Lgs n. 165 del 2001»*.

In data 13/12/2010, la Procura agente depositava conclusioni scritte con le quali, nel evidenziare che in una vicenda analoga a quella in esame, la Sezione, con Sentenza 2224/2010, mentre aveva condiviso la prospettazione accusatoria in ordine alla sussistenza della giurisdizione e del danno erariale in misura pari all'ammontare della sanzione corrisposta in misura ridotta ed alla sussistenza

della violazione degli obblighi di servizio, individuati nell'inottemperanza all'obbligo legale di tempestiva comunicazione, aveva ritenuto che le peculiarità della fattispecie non consentissero di connotare in termini di gravità la colpa ravvisata in capo ai convenuti in quel giudizio.

Su tale specifico profilo, pur evidenziando che non ricorrevano i medesimi elementi di peculiarità che avevano comportato l'adozione di una decisione di assoluzione, rinviava alle argomentazioni contenute nell'atto di appello avverso quella decisione, di cui si produceva copia.

Con il gravame veniva contestata la valutazione di non gravità della colpa, operata dal Giudice di I grado, sulla base della asserita ricorrenza di plurimi elementi univocamente espressivi di inescusabile negligenza dei convenuti quali, fra l'altro, la loro elevata qualificazione professionale, l'insussistenza di profili di complessità per l'adempimento dell'obbligo di comunicazione, la non interferenza della notorietà dell'incarico conferito al R sulla doverosità dell'adempimento.

All'udienza del 15/12/2010, constatata la mancata costituzione del convenuto T, veniva rilevata la nullità della citazione per l'assegnazione di un termine a comparire inferiore a quello stabilito dall'art. 163 bis c.p.c. e disposta, d'ufficio, la rinnovazione della stessa.

In data 3/8/2011 si costituiva l'Ing. T, con il patrocinio dell'Avv. Antonio Catalioto, eccependo l'insussistenza della colpa grave.

In particolare, a sostegno della doglianza evidenziava che, nella seduta del 26 marzo 2003, il CdA della Società aveva deliberato la nomina di un esperto in questioni gestionali (Dott. R) per coadiuvare, fra l'altro, l'Amministratore Delegato della Società, asseritamente sprovvisto di specifica professionalità, negli adempimenti di competenza.

Esponeva, inoltre, che l'adempimento partecipativo imposto dall'art. 53 del D.Lgs. 165/2001 era inutile e meramente formale in quanto il Comune di XXXXX partecipava (per vero, quasi) totalitariamente al capitale dello ATO. La sussistenza di penetranti poteri di controllo e vigilanza, secondo la prospettazione difensiva aveva *«determinato la convinzione nell'Ing. T che non vi sarebbe stata alcuna sanzione per un obbligo che non si riteneva dovuto. In tale contesto,*

l'eventuale negligenza che si potrebbe contestare, non può certo assumere il requisito della gravità, perché il concreto concatenarsi della fattispecie in esame gli ha fatto ritenere che il citato art. 53, c.11, non dovesse essere applicato».

Con memoria depositata in data 7/9/2011 la difesa del G ribadiva le doglianze manifestate in sede di costituzione (prescrizione, insussistenza colpa grave, difetto di giurisdizione).

All'udienza del 27/9/2011, il Pubblico Ministero e l'Avv. Antonio Catalioto, sia in rappresentanza del proprio assistito T Luciano che in sostituzione dell'Avv. Antonino Gazzarra, difensore del convenuto G Pietro, reiteravano le richieste rispettivamente rassegnate in atti.

La causa veniva, quindi, posta in decisione.

DIRITTO

1. L'odierno giudizio è finalizzato all'accertamento della fondatezza della pretesa azionata dal Pubblico Ministero concernente un'ipotesi di danno erariale, asseritamente patito dalla ATO ME 3 SpA, connesso al pagamento in misura ridotta, ai sensi dell'art. 16 della L. 689/1981, da parte della ATO ME 3 SpA, della sanzione irrogata a norma dell'art. 6, comma 1, del D.L. 28/3/1997, n. 79 (convertito in L. 28/5/1997, n. 140), per la violazione dell'art. art. 53, comma 11, del D.Lgs. 165/2001.

Più in dettaglio, la norma da ultimo citata (che riproduce la disposizione contenuta nell'art. 58, comma 11, del D.Lgs. 29/1993), prevedeva (e continua a prevedere) *«Entro il 30 aprile di ciascun anno, i soggetti pubblici o privati che erogano compensi a dipendenti pubblici per gli incarichi di cui al comma 6 sono tenuti a dare comunicazione all'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi dei compensi erogati nell'anno precedente».*

Il comma 6 della medesima disposizione, nella formulazione vigente all'epoca dei fatti, prevedeva *«I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all'articolo 3, con esclusione dei dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per*

cento di quella a tempo pieno, dei docenti universitari a tempo definito e delle altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-professionali. Gli incarichi retribuiti, di cui ai commi seguenti, sono tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso. Sono esclusi i compensi derivanti:

a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;

b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;

c) dalla partecipazione a convegni e seminari;

d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;

e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o fuori ruolo;

f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita».

L'art. 6, comma 1, del D.L. 28/3/1997, n. 79 (convertito in L. 28/5/1997, n. 140) dispone *«Nei confronti dei soggetti pubblici e privati che non abbiano ottemperato alla disposizione dell'articolo 58, comma 6, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, o che comunque si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato rese dai dipendenti pubblici in violazione dell'articolo 1, commi 56, 58, 60 e 61, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, ovvero senza autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, oltre alle sanzioni per le eventuali violazioni tributarie o contributive, si applica una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma a dipendenti pubblici».*

Nella vicenda in esame è incontroverso che, in relazione ai compensi erogati al Dott. R negli anni 2003 e 2004, è stata omessa la comunicazione all'Amministrazione di appartenenza del medesimo (comuni di XXXXX), prescritta dalla legge.

Nell'ambito del procedimento sanzionatorio che è seguito alla constatazione della violazione dell'obbligo di comunicazione, la Società si è avvalsa della facoltà del pagamento in misura ridotta (art. 16 L. 698/1981) versando la somma pari ad un terzo del massimo edittale (doppio degli emolumenti corrisposti).

L'importo pagato è stato qualificato, dalla Procura agente, come esborso inutile e, come tale, integrante un danno erariale.

Tale danno si assume patito dalla Società e, per esso, sono stati chiamati il Presidente e l'Amministratore della Società medesima, in carica al momento in cui avrebbero dovuto essere effettuate le comunicazioni.

2. Questione di giurisdizione

In via preliminare, occorre esaminare la questione di giurisdizione sollevata dalla difesa del G.

La contestazione è fondata sulla valorizzazione della natura privatistica della ATO ME 3.

Invero, l'evoluzione dei moduli operativi impiegati dall'Amministrazione pubblica, caratterizzata principalmente dal massiccio ricorso a veicoli a struttura privatistica e, per lo più, di tipo societario, per il perseguimento di finalità istituzionali, ha influito significativamente sul perimetro della giurisdizione della Corte dei Conti.

Il principale elemento di orientamento per la delimitazione di quest'ultimo è costituito dall'art. 16 bis della L. 28 febbraio 2008, n. 31, (che ha convertito il D.L. 31 dicembre 2007, n. 248), a norma del quale *«Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario»*.

Tale norma implicitamente, ma in modo in equivoco, riconosce l'esistenza di uno spazio per la giurisdizione della Corte dei Conti in ordine ad eventuali comportamenti illegittimi imputabili ad organi delle società a partecipazione pubblica dai quali sia scaturito un danno per il socio pubblico.

Non sarebbe altrimenti spiegabile la ragione per la quale il legislatore ha inteso stabilire che limitatamente alle società quotate o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%, la giurisdizione spetta in via esclusiva proprio al giudice ordinario.

Ciò posto, resta da verificare entro quali limiti, al di fuori del ristretto campo d'applicazione della disposizione da ultimo richiamata, sia configurabile la giurisdizione del giudice contabile in rapporto ad atti di mala gestio degli organi di società a partecipazione pubblica.

Il codice civile dedica alla società per azioni a partecipazione pubblica solo una scarna disciplina, contenuta nell'art. 2449 c.c., come modificato dalla L. 25 febbraio 2008, n. 34, art. 13 a seguito della pronuncia della Corte giustizia delle Comunità europee, 6 dicembre 2007, n, 463/04 (il successivo art. 2450 c.c. invece, è stato abrogato dal D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, art. 3, comma 1 convertito con modificazioni dalla L. 6 aprile 2007, n. 46).

Le difformità rispetto alle regole di diritto comune non investono profili inerenti alla responsabilità degli organi, che, quindi, restano disciplinati dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo. Anzi, ciò è confermato dal fatto che a tenore del citato art. 2449 c.c., comma 2, anche i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica *«hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea»*.

Ne deriva - anche alla luce di quanto espressamente indicato nella relazione (*«È lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatici»*) - che la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta.

Dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, ancorché direttamente designati dal socio pubblico, discende la responsabilità di detti organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, nei medesimi termini contemplati dall'art. 2392 c.c. e segg., in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsiasi altra società privata.

In questa prospettiva, non può essere ignorato che sussiste una netta distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società). Conseguentemente gli esponenti di organi aziendali non s'identificano con la società e non è possibile riferire loro il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte.

Ed è proprio in quest'ottica che assume rilievo decisivo la distinzione tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dall'art. 2393 c.c. e segg. e, per le società a responsabilità limitata, dall'art. 2476 c.c., comma 1, 3, 4 e 5) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dall'art. 2395 c.c. e, per le società a responsabilità limitata, dal citato art. 2476 c.c., comma 6).

La Cassazione ha avuto modo di chiarire (SS UU, Sentenza n. 26806 del 19/12/2009) che, sebbene in taluni casi siano configurabili comportamenti tali da cagionare un pregiudizio diretto al patrimonio dell'ente pubblico e per i quali sussiste la legittimazione del procuratore contabile a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata immediatamente innanzi a questa Corte, (come accade per il danno all'immagine, per effetto del disposto della L. 3 agosto 2009, n. 102, art. 17, comma 30 ter che consente di esercitare l'azione nei confronti di «dipendenti» di «enti a prevalente partecipazione pubblica»),

ordinariamente, esula dalla giurisdizione della Corte dei Conti l'azione proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio della società.

In tale evenienza, infatti *«Non solo, come detto, non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio. La ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente:patrimonio che è e resta privato.*

È certo vero che il danno sofferto dal patrimonio della società è per lo più destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione; ma - fatte salve le limitate eccezioni oggi introdotte dall'art. 2497 c.c. (come modificato dal D.Lgs. n. 6 del 2003), in tema di responsabilità dell'ente posto a capo di un gruppo di imprese societarie, che qui non rilevano - il sistema del diritto societario impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società.

Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico - patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio (principio pacifico: si vedano, ex multis, Cass. 5 agosto 2008, n. 21130; 3 aprile 2007, n. 8359; 27 giugno 1998, n. 6364; e 28 febbraio 1998, n. 2251).

Si capisce, allora, come il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originali conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale. L'esattezza di tale conclusione trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità dinanzi giudice contabile e l'esercizio delle surriferite azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) contemplate dal codice civile. (…)

Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili.

Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione.

Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti».

Tale principio, per espresso riconoscimento del Giudice che l'ha enunciato, tollera una deroga nei casi nei quali nella compagine sociale non figurino anche soci privati la cui partecipazione è suscettibile di subire danno per effetto del comportamento illegittimo degli organi sociali.

In simili casi, oggettivamente selezionabili mediante una agevole valutazione della titolarità delle partecipazioni azionarie, l'esigenza di assicurare la normale tutela che la disciplina del diritto societario appresta non è avvertibile o, quanto meno, non lo è al punto da giustificare la marginalizzazione dell'azione del procuratore contabile.

Ciò in quanto, nei casi in cui al capitale sociale partecipino solo soggetti pubblici, le argomentazioni che traggono spunto dalla (senz'altro sussistente) distinzione tra patrimonio di questi ultimi e patrimonio sociale appaiono il prodotto di una sofisticata ricostruzione che finisce, però, senza apprezzabili contropartite (ordinato esplicarsi di rimedi giudiziali concorrenti), per degradare l'azione pubblica di responsabilità amministrativa a mezzo di reazione al mancato esercizio dei diritti di socio da parte di colui che, in seno all'Amministrazione partecipante al capitale, era investito del pertinente potere. E non utilizzandola, invece, per reprimere la condotta primaria dell'amministratore della società che ha cagionato un danno patrimoniale che, in ragione del peculiare assetto dell'azionariato, è soggetto ad un fenomeno osmotico che ne determina la risalita immediata nella sfera del socio.

Quindi, quando non vi sono interessi sistemici da salvaguardare (la possibile azione di responsabilità di diritto comune di soci privati non è prospettabile per assenza di tale tipologia di soci e quella dei creditori sociali non genera pregiudizievoli ed ingestibili interferenze con l'azione di responsabilità amministrativa), non sussistono i presupposti su cui è fondata l'articolata soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione.

Deve pertanto ritenersi che,avuto riguardo alla qualità dei soci detentori del capitale sociale (il 98,34% di pertinenza del Comune di XXXXX e la residua porzione del 1,66% di pertinenza della

Provincia regionale di XXXXX) sussiste la giurisdizione di questa Corte per la prospettata responsabilità amministrativa del Presidente ed Amministratore Delegato della Società.

3. Tempestività dell'azione giudiziaria.

Ancora in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di prescrizione ritualmente formulata dalla difesa del convenuto G in sede di costituzione.

Tale eccezione è fondata sulla individuazione nella data del 30/4/2004 (termine entro cui avrebbe dovuto essere effettuata la comunicazione relativa ai compensi erogati nell'anno precedente) del momento in cui si è verificato il fatto dannoso e dal quale, ai sensi dell'art. 2 della L. 20/1994, decorre il termine di prescrizione. Rispetto a tale data, secondo la tesi difensiva, la notifica dell'invito a dedurre, primo atto avente valenza interruttiva del corso della prescrizione, sarebbe intervenuta quando già era decorso il termine quinquennale.

L'eccezione è manifestamente infondata.

La prospettazione difensiva, in disparte la considerazione che trascura di considerare che la sanzione è stata irrogata per l'inottemperanza a due distinti obblighi di comunicazione (la data del 30/4/2004 riguarda, infatti, solo i compensi erogati nell'anno 2003) sicché, anche a volerla seguire, la prescrizione non sarebbe maturata per la violazione dell'obbligo di comunicazione dei compensi erogati nel 2004 che doveva essere adempiuto entro il 30/4/2005, si fonda sull'errata individuazione del momento in cui si è verificato il danno.

A tale riguardo occorre considerare che a termini dell'art. 2935 c.c. la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Per individuare il momento a partire dal quale l'iniziativa per il ristoro del prospettato danno erariale, connesso ad una violazione amministrativa assoggettata alla disciplina contenuta nella L. 689/1981, poteva essere intrapresa occorre considerare che, prima della contestazione dell'illecito, la mera esistenza della violazione di un obbligo astrattamente sanzionabile in via amministrativa non è in grado di generare alcuna lesione certa ed attuale e di ammontare determinato.

Non attuale e certa perché non sussisterebbe ancora un depauperamento patrimoniale per l'Amministrazione in quanto è possibile che la violazione non sia contestata nel termine di cui all'art. 28 della L. 689/1981 (termine di cinque anni decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione) e, perciò, nessun onere sorga in capo al trasgressore, tale da configurare un danno erariale.

Inoltre, la lesione non sarebbe nemmeno di entità determinata laddove, come nel caso di specie, la sanzione sia comminata in termini edittali e la determinazione della misura punitiva concretamente irrogabile costituisca l'esito della applicazione dei criteri previsti dall'art. 11 della citata legge.

Peraltro, neanche con la mera contestazione dell'illecito vengono ad esistenza le condizioni per l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa.

Tale accadimento, infatti, fornisce elementi potenzialmente rilevanti per una simile azione ma, non ancora provvisti del carattere della immutabilità: esso, infatti, si presta a generare diversi scenari che possono influire significativamente sulla medesima azione.

È infatti possibile che la sanzione sia immediatamente pagata, eventualmente ricorrendo al beneficio previsto dall'art. 16 della L. 689/1981.

Ma può anche accadere che la contestazione sia seguita dall'instaurazione di un contenzioso per l'accertamento della pretesa sanzionatoria.

Orbene, nell'ipotesi di pagamento spontaneo, la prescrizione inizia a decorrere dal momento del pagamento perché con tale adempimento si cristallizzano i connotati della sanzione e vengono ad esistenza quei caratteri del danno (certezza, attualità e concretezza) che consentono, al ricorrere delle altre condizioni di legge, di adottare una sentenza di condanna al relativo risarcimento.

Ove, invece, sia proposta opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione, la prescrizione inizierà a decorrere nel momento di definizione del relativo giudizio.

Applicando tali principi nel caso in esame, deve ritenersi che la prescrizione sia iniziata a decorrere il 21/12/2005, data del pagamento della sanzione contestata con verbale del 21/11/2005.

Rispetto a quella soglia temporale, la notifica dell'invito a dedurre - atto certamente idoneo ad interrompere il corso della prescrizione, come riconosciuto anche dalla difesa del resistente nella comparsa - è avvenuta il 9/7/2009 e, dunque, prima che fosse trascorso il termine quinquennale trascorso il quale l'azione di responsabilità si prescrive.

Tale soluzione, peraltro, è assolutamente coerente con l'indirizzo nomofilattico prospettato nella sentenza 14/2011/QM del 5/9/2011 delle SS.RR. di questa Corte, secondo cui *«il dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento »*.

4. Imputabilità della condotta omissiva.

L'azione è stata esercitata nei confronti dei soggetti che rivestivano la carica di Presidente e di Amministratore delegato della società alle date di scadenza del termine per eseguire le comunicazioni dei compensi erogati (30 aprile del 2004 e del 2005), imputando a ciascuno la semiquota del danno.

Con riguardo alla correttezza della individuazione dei responsabili del prospettato danno occorre, per un verso, evidenziare che, nel caso di enti collettivi, in mancanza della formalizzazione di misure organizzative che operino una speciale ripartizione delle pertinenti competenze, l'obbligo di effettuare una comunicazione è certamente riferibile ai soggetti che, per l'ufficio ricoperto, hanno il potere di amministrare e rappresentare l'ente (Cass. Sent. n. 19041 del 12/12/2003). Sicché questi ultimi, in quanto titolari, per l'ufficio ricoperto, delle prerogative necessarie per far luogo all'adempimento dell'obbligo, sono i responsabili dell'inadempimento e delle conseguenze che l'eventuale inadempimento produce.

D'altra parte, la responsabilità per l'inadempimento di un obbligo legale non può che essere speculare rispetto al potere di adempiere quel medesimo obbligo.

Nelle società di capitali, il presidente del consiglio di amministrazione designato dallo statuto quale legale rappresentante dell'ente, non perde il potere di rappresentanza sostanziale per effetto della

nomina di un amministratore delegato, cui sono attribuibili, ai sensi dell'art. 2381 cod. civ. (nella formulazione successiva alla riforma di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, qui rilevante), solo poteri gestori che spettano collegialmente a tale organo e non anche competenze o prerogative attribuite dalla legge o dallo statuto ad un organo diverso, come, appunto, il presidente del consiglio di amministrazione.

Nella vicenda in esame, dunque, in assenza di regolamentazioni interne adottate nelle forme rituali, sussiste una competenza concorrente a curare l'adempimento partecipativo: la competenza del Presidente rimane integra ed anzi sovraordinata a quella dell'Amministratore delegato, al quale può pertanto sostituirsi nel compimento di atti inerenti alle funzioni.

Per altro verso, deve rilevarsi che il profilo della riferibilità dell'obbligo di comunicazione ai soggetti che ricoprivano posizioni apicali nell'organo amministrativo della società, sebbene sia stato approfonditamente esaminato dall'Organo agente, non è stato oggetto di specifiche contestazioni. Non è stato, cioè, assolto su tale aspetto l'onere della prova di cui all'art. 2697 cc che impone a colui «che eccepisce l'inefficacia dei fatti (che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere in giudizio) ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, (di) provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

Tale circostanza rende applicabile la regola probatoria di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c. secondo cui deve ritenersi provato il fatto non specificamente contestato.

5. Elemento soggettivo

La Procura agente ha imputato agli esponenti aziendali sopra indicati la reiterata omissione della comunicazione (alle scadenze del 30/4/2004 e del 30/4/2005) a titolo di colpa grave.

Quest'ultima è stata ravvisata tenendo conto della circostanza che l'adempimento, consistente in un'azione di agevolissima realizzazione, era (e continua ad essere) imposto da una norma chiara, inidonea a dar luogo a dubbi interpretativi.

Invero, l’assenza di margini di opinabilità circa il comportamento imposto dalla norma di riferimento e la semplicità dell’adempimento richiesto inducono il Collegio a ritenere che la (reiterata) omissione della comunicazione integri un negligente esercizio di compiti istituzionali la cui gravità raggiunge la soglia di significativa intensità richiesta dalla legge per configurare la responsabilità amministrativa.

È cioè ravvisabile nei confronti dei convenuti una condotta (omissiva) gravemente colposa.

Invero, il Collegio non ignora che, in una fattispecie analoga a quella per la quale v’è causa, questa Sezione aveva reputato insussistente l’elemento soggettivo della colpa grave (Sentenza 2224/2010 del 27/10/2010), valorizzando lo «*strettissimo legame*» tra l’Ente conferente l’incarico all’esperto operante in seno ad altra Amministrazione e l’Amministrazione di appartenenza dell’esperto, la quale avrebbe dovuto essere resa edotta, a norma dell’art. 53, comma 11 del D.lgs 165/2001, dei compensi erogati al proprio dipendente.

In particolare, sulla base della considerazione che vi era una «*stretta compenetrazione tra i due enti*» e che l’esperto cui l’Ente aveva dato l’incarico retribuito era «*personaggio estremamente noto all’interno di entrambi gli enti, il cui incarico era da tutti conosciuto*», la Sezione aveva affermato che «*L’eventuale comunicazione ex art 53 comma 11 da parte dell’AMAM non avrebbe svolto alcuna funzione conoscitiva, ma era un compito formale che è apparso non dovuto in considerazione della stretta contiguità, quasi immedesimazione tra i due enti. Pur se l’Azienda è stata formalmente munita di personalità giuridica, sotto il profilo della gestione amministrativa è rimasta integrata con l’amministrazione comunale, alla quale permanevano rilevanti poteri di vigilanza e indirizzo, (…).In tale contesto, i convenuti (…), sono incorsi nel medesimo errore, testimoniando nei fatti la diffusa convinzione che la comunicazione formale non era ritenuta dovuta.*

Non esisteva, quindi, una concreta prevedibilità del danno che l'AMAM avrebbe potuto conseguire perché non era presa in nessuna considerazione da nessuno l'ipotesi che vi sarebbe stata una sanzione per un obbligo che non si riteneva dovuto.

In tale contesto, pur se è ravvisabile una negligenza nel mancato rispetto dell'obbligo normativo di comunicazione dell'incarico, tale negligenza non assume il requisito della gravità perché il concreto concatenarsi della fattispecie in esame ha fatto ritenere a tutti i soggetti coinvolti che il citato articolo 53 comma 11 non dovesse essere applicato».

Ad opinione del Collegio, tale indirizzo interpretativo non può essere confermato.

L'assunzione di posizioni apicali in strutture amministrative richiede competenze e capacità di livello adeguate alla complessità della struttura ed alla tipologia di ufficio ricoperto. Ciò implica che nella valutazione della esigibilità di una determinata condotta e, quindi, del grado di colpa riconducibile alla sua omissione, tali parametri costituiscono prioritari elementi di valutazione.

Ed infatti, la più recente e maggiormente condivisa modalità di valutazione della colpa è quella che accentua il carattere relativo della diligenza, della perizia e della prudenza, adeguandole alle caratteristiche di ciascuna situazione che viene in rilievo, secondo il paradigma di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c.. Di qui la necessità di considerare le circostanze in cui la singola fattispecie si colloca.

Avuto riguardo al contesto di riferimento, non può essere ignorato che del danno sono stati chiamati a rispondere due soggetti, professionalmente molto qualificati, che ricoprivano posizioni apicali nell'organigramma aziendale.

L'assunzione di tali uffici, peraltro nell'ambito di una società di significativa consistenza, è indice inequivoco della capacità dei soggetti chiamati a ricoprirli di percepire la sussistenza di un obbligo di legge, previsto in una disposizione di agevolissima interpretazione, e di assumere conseguenti iniziative per assicurare il rispetto dell'obbligo medesimo.

Nessuna competenza specialistica, diversa o superiore rispetto a quella che ragionevolmente può

presumersi posseduta dai due convenuti, era necessaria per ottemperare alla prescrizione di legge.

Rafforza, inoltre, la valutazione di elevata gravità della condotta la considerazione secondo cui vi era piena consapevolezza della sussistenza dell'obbligo di comunicazione.

In proposito, assumono valenza confessoria le affermazioni contenute nella memoria di costituzione dell'Ing. T (cfr. pag. 4).

Per contestare la fondatezza della pretesa attorea, infatti, il resistente ha evidenziato che la comunicazione era stata reputata inutile in ragione della *«strettissima compenetrazione»* tra il Comune di XXXXX e la ATO e ciò aveva generato la convinzione che fosse *«del tutto inutile e meramente formale la comunicazione ex art. 53»* e che *«non vi sarebbe stata alcuna sanzione per un obbligo che non si riteneva dovuto»*.

Orbene, tale argomento anziché attenuare la gravità dell'omissione, la amplifica notevolmente.

Per un verso, appare eclatantemente contrario ad ogni prudente logica di gestione sottrarsi all'adempimento di un preciso obbligo di legge (sulla base di quanto appena evidenziato, conosciuto).

Anche spingendosi a ritenere che la mera contrarietà di un comportamento ad uno specifico dovere legale non integra, di per sé, una condotta scriteriata fonte di responsabilità amministrativa, non può essere trascurato che il comportamento richiesto richiedeva un impegno minimo (comunicazione di un dato numerico – compensi corrisposti nell'anno ad un esperto esterno – non certo difficile da reperire) e che il mancato rispetto della prescrizione esponeva al rischio di una sanzione pecuniaria di cospicuo ammontare.

Quindi, a fronte di una simile eventualità, le personali perplessità (peraltro non sostenute da alcun elemento di conforto) avrebbero dovuto essere accantonate, e spingere verso l'adozione di virtuose condotte.

È cioè manifestazione di una sciatteria operativa grandemente censurabile l'aver omesso una semplice comunicazione per la quale erano comminate sanzioni pecuniarie molto gravose.

Per altro verso, le asserite perplessità circa la doverosità della comunicazione appaiono un argomento difensivo che, più che attenuare la forza persuasiva della prospettazione attorea, la irrobustiscono. Si consideri, al riguardo, che dette perplessità non sono state esternate nella sede naturale nella quale avrebbero potuto essere valutate, cioè nel giudizio di opposizione instaurabile avverso il provvedimento di contestazione dell'illecito amministrativo, ma sono state utilizzate esclusivamente quale argomento difensivo nel presente giudizio.

In altri termini, il vertice aziendale, qualora avesse avuto la reale convinzione che la comunicazione non era dovuta e, quindi, che era errata la sanzione irrogata per la sua omissione, avrebbe dovuto esercitare la facoltà di cui all'art. 22 della L. 689/1981, impugnando l'ordinanza-ingiunzione, e non, come invece ha fatto, scegliere la via del pagamento in misura ridotta.

L'opzione per tale soluzione, pertanto, rafforza la convinzione che l'insussistenza dell'obbligo di comunicazione non fosse una convincente soluzione interpretativa, sostenibile in sede giudiziaria.

Conclusivamente, la reiterata condotta (omissiva) è imputabile a titolo di colpa grave in capo agli esponenti aziendali odierni convenuti.

5. Danno

Il danno è pari all'esborso sostenuto dalla società a titolo di pagamento in misura ridotta della sanzione (€ 10.247,15).

Il pagamento, infatti, è l'effetto generato dalla gravemente colposa violazione degli obblighi di comunicazione dei compensi erogati all'esperto amministrativo, dipendente della Pubblica Amministrazione, di cui la società di è avvalsa.

L'intero importo versato con il Mod F23 in data 21/12/2005 deve essere addebitato, nella misura del 50% ciascuno, agli odierni convenuti, quale spesa inutile sostenuta dall'ATO ME 3 SpA, causalmente riconducibile alle condotte omissive gravemente colpose ai medesimi imputabili.

Detto importo dovrà essere maggiorato, atteso che la pretesa azionata ha ad oggetto un debito di valore, della rivalutazione monetaria nel frattempo intervenuta, da calcolarsi secondo l'indice dei

prezzi calcolato dall'ISTAT, dalla data del 21/12/2005, cioè dal momento in cui ha avuto luogo il versamento per estinguere il procedimento sanzionatorio, alla data di pubblicazione della presente sentenza.

Sulla somma in tal modo rivalutata andranno corrisposti gli interessi nella misura legale, decorrenti dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

La condanna al pagamento dell'importo così determinato deve essere pronunciata in favore della ATO ME 3 SpA, quale ente direttamente danneggiato.

Le spese del presente giudizio, seguono la soccombenza e si liquidano, in favore dello Stato, come in dispositivo, onerando del relativo pagamento i convenuti, ciascuno nella misura della metà dell'intero.

P.Q.M.

La Corte dei Conti

Sezione Giurisdizionale per la Regione Siciliana

definitivamente pronunciando nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 55696 del registro di segreteria, condanna

- **G Pietro** nato il 13/4/1951 a XXXXX
- **T Luciano** nato il 5/3/1959 a Giarre

al pagamento, ciascuno nella misura del 50%, in favore della ATO ME 3 SpA, della somma di **€. 10.247,15**, somma da maggiorare della rivalutazione monetaria, da calcolarsi secondo l'indice dei prezzi calcolato dall'ISTAT, dalla data del 21/12/2005 alla data di pubblicazione della presente sentenza, nonché degli interessi legali maturandi, sull'importo rivalutato, dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino all'effettivo soddisfo.

Condanna altresì i medesimi al pagamento, in favore dello Stato, ciascuno nella misura del 50%, delle spese processuali che, sino al deposito della presente decisione, si liquidano in complessivi €. 264,26.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti conseguenti.

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 27 settembre 2011.

L'Estensore	**Il Presidente**
F.to (Dott. Roberto RIZZI)	**F.to (Dott. Luciano PAGLIARO)**

Depositata oggi in Segreteria nei modi di legge.

Palermo, 26 ottobre 2011

Il Funzionario di Cancelleria

F.to Dr.ssa Rita Casamichele